

## МАРИЯ АЛЕКСАНДРОВНА КАПУСТИНА

доцент кафедры теории и истории государства и права СПбГУ,  
кандидат юридических наук

### СОГЛАСИЕ ГРАЖДАНИНА НА ПОСМЕРТНОЕ ДОНОРСТВО: ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРЕЗУМПЦИИ ИЛИ ФИКЦИИ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОТНОШЕНИЙ ПО ОХРАНЕ ЗДОРОВЬЯ

На базе анализа современного российского законодательства о трансплантологии автор обосновывает точку зрения о том, что в России сконструирована юридическая фикция прижизненного согласия на посмертное донорство — модель «неиспрошенного согласия».

Ключевые слова: трансплантология, посмертное донорство, юридические презумпции, юридическая фикция

Нормативно-правовое регулирование отношений в сфере трансплантологии органов и тканей человека, в том числе лечения людей путем пересадки (трансплантации) здоровых анатомических сегментов, изъятых из организма донора посмертно, основано в Российской Федерации на Законе РФ от 22.12.1992 № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (далее — Закон о трансплантации). Концепция правового регулирования медицинской деятельности, связанной с трансплантацией (от лат. *transplantare* — пересаживать), т.е. хирургической заменой (изъятием и пересадкой путем хирургической операции органов, тканей человека) погибшей или дефектной части организма человека (реципиента) трансплантатами — здоровыми органами или тканями, изъатыми из тела (организма) донора, должна соответствовать положениям ст. 41 Конституции РФ.

Российский законодатель назвал правило ст. 8 Закона о трансплантации «презумпцией согласия на изъятие органов и (или) тканей». В случае наличия бесспорных доказательств факта смерти, зафиксированного консилиумом врачей-специалистов на основе констатации ими смерти мозга, изъятие органов и (или) тканей у трупа производится с разрешения главного врача учреждения здравоохранения (ст. 9 Закона о трансплантации). Таким образом, для изъятия органов и (или) тканей у трупа для трансплантации согласно действующему Закону о трансплантации необходимо, чтобы на момент изъятия в учреждении здравоохранения (точнее, у главного врача) отсутствовала информация о прижизненном несогласии лица либо его близких родственников или законного представителя на посмертное изъятие органов, тканей после его смерти для трансплантации реципиенту. Важно, что с точки зрения современной технологии получения биообъектов для трансплантации изъятие частей тела человека *ex mortuo* для их последующей консервации производится сразу же после констатации смерти человека, так как сами органы и (или) ткани на



момент изъятия должны еще действовать, быть живыми. КС РФ признал ст. 8 Закона о трансплантации, закрепляющую презумпцию согласия на посмертное донорство, соответствующей Конституции РФ, со ссылкой на современный уровень развития медицинских технологий в области трансплантологии, которые не позволяют выявить волю умершего, его близких родственников или законного представителя после кончины человека в сроки, обеспечивающие сохранность трансплантата<sup>1</sup>.

Однако вопрос о согласии или несогласии лица на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти урегулирован в российской правовой системе не только Законом о трансплантации, но и ст. 5 «Волеизъявление лица о достойном отношении к его телу после смерти» Федерального закона от 08.12.1995 № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» (далее — Закон о погребении). Согласно ст. 5 этого Закона человек может устно в присутствии свидетелей или в письменной форме выразить свое согласие или несогласие на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти. Положения ст. 5 Закона о погребении следует рассматривать как общее правило, закрепляющее принцип достойного отношения к телу умершего и являющееся в этом смысле юридической гарантией права человека на достойное отношение к его телу после смерти в соответствии с прижизненным волеизъявлением. Согласно ст. 1 Закон о погребении «регулирует отношения, связанные с погребением умерших», а не отношения по охране здоровья граждан. Поэтому его положения нельзя включать в отрасль российского законодательства о здравоохранении, в частности руководствоваться им в целях правового урегулирования отношений по трансплантологии.

Таким образом, одна из актуальных проблем правового регулирования отношений в сфере трансплантологии заключается в том, что более поздний по сравнению со специальным Законом о трансплантологии российский Закон о погребении установил общий принцип достойного отношения к телу умершего, включающий в себя в том числе требование о полном соответствии действий по изъятию органов и (или) тканей из тела после смерти волеизъявлению умершего о его согласии или несогласии на такое изъятие в принципе (ст. 5), т.е. не только в целях трансплантологии, но и, например, в научных, исследовательских и иных целях. При этом в ч. 2 ст. 5 Закона о погребении сказано о возможном исключении из общего правила о полном соответствии действий по достойному отношению к телу умершего его волеизъявлению в случае, если иное установлено законодательством Российской Федерации. В качестве такого «иного правила», вероятно, и нужно рассматривать ст. 8 Закона о трансплантологии, устанавливающую презумпцию согласия на посмертное донорство, т.е. на изъятие органов и (или) тканей из тела умершего в целях трансплантологии (для спасения жизни и восстановления здоровья граждан).

С подобным толкованием законодательных положений, регулирующих отношения по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, можно было бы согласиться с точки зрения правил юридической (законодательной) техники, утверждающих приоритет специального правила перед общей нормой. Однако согласно ст. 2

<sup>1</sup> См.: определение КС РФ от 04.12.2003 № 459-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда о проверке конституционности ст. 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека».

Закона о трансплантологии его действие распространяется на сердце, легкое, почку, печень, костный мозг и другие органы и (или) ткани, перечень которых определяется Министерством здравоохранения РФ, вырабатывающим государственную политику и нормативно-правовое регулирование в сфере здравоохранения, совместно с Российской академией медицинских наук. Действие Закона о трансплантологии «не распространяется на органы, их части и ткани, имеющие отношение к процессу воспроизводства человека, включающие в себя репродуктивные ткани (яйцеклетку, сперму, яичники или эмбрионы), а также на кровь и ее компоненты» (ст. 2).

Специальное правило-исключение о презумпции согласия на посмертное донорство не распространяется на все органы и ткани человека, и, следовательно, в нормативно-правовом регулировании отношений по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, нарушены технико-юридические принципы полноты законодательной конструкции (законодательного регулирования) и систематического единства, о которых писали еще Н.М. Коркунов<sup>2</sup> и Р. Иеринг<sup>3</sup>. Получается, что исключение из общего принципа достойного отношения к телу умершего установлено в действующем законодательстве по двум основаниям (критериям): во-первых, оно касается только изъятия анатомических сегментов *ex mortuo* в целях трансплантологии; во-вторых, объектами изъятия *ex mortuo* на основе презумпции согласия на посмертное донорство являются только те органы и (или) ткани, которые включены в перечни, установленные Законом о трансплантологии, а также Министерством здравоохранения РФ. В отношении законодательного регулирования посмертного изъятия органов и тканей, не указанных в этих перечнях (например, кожи, хряща, роговицы глаза и др.), можно констатировать правовую неопределенность. Причины медицинского, правового, иного характера, послужившие основанием разного законодательного регулирования вопросов реализации человеком своих соматических прав посмертно, в частности права свободного выражения согласия или несогласия на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти, остаются неясными.

Другой проблемой регулирования отношений посмертного донорства в правовой системе России является правовой характер и юридический порядок реализации правила ст. 8 Закона о трансплантологии, содержащего презумпцию согласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. В юриспруденции термин «презумпция» (от лат. *praesumptio* — предположение) используется в двух значениях: для обозначения особого приема законодательной техники — конструкции юридического факта в тексте закона, и для формулирования правового принципа (например, принципа добропорядочности гражданина, принципов презумпции знания закона, истинности нормы права, невиновности в уголовно-процессуальном праве, истинности приговора/решения суда, вступившего в законную силу, вины причинителя вреда в гражданском праве и др.).

<sup>2</sup> По мнению Н.М. Коркунова, юридическая конструкция, чтобы быть полной, «должна покрывать собою все возможные частные случаи. Все они должны укладываться в рамках» (Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 353–354).

<sup>3</sup> Согласно сформулированным Р. Иерингом законам законодательные конструкции не должны вступать в противоречие друг с другом, а также должны быть согласованными внутри себя (см.: Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. СПб., 1906. С. 82–95).



Презумпция вообще — это вероятностное суждение о наличии/отсутствии каких-либо фактических обстоятельств. Таким образом, презумпции как конструкции юридических фактов в действующем законодательстве означают предположения (не требующие с точки зрения законодателя доказательств) о наличии или отсутствии предметов, связей, явлений, основанные на связи между ними, и предметом, связями, явлениями наличными, подтвержденными жизненной практикой. Однако в силу вероятностного характера презюмируемого факта законодатель допускает его опровержение и устанавливает юридические последствия такого опровержения. Например, согласно ст. 42 ГК РФ «Признание гражданина безвестно отсутствующим» гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан судом безвестно отсутствующим, если в течение года по его месту жительства нет сведений о месте его пребывания. Однако в соответствии со ст. 44 ГК РФ в случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим, суд отменяет решение о признании его безвестно отсутствующим, а на основании решения суда отменяется управление имуществом этого гражданина.

Таким образом, в основе юридической конструкции презумпции-факта должно лежать достоверное знание (обобщение), обеспечивающее вероятностный вывод, который не требует, с точки зрения законодателя, доказательств, но может быть опровергнут. Применительно к правилу ст. 8 Закона о трансплантологии вряд ли возможно утверждать, что в основе законодательной презумпции согласия на посмертное донорство лежит достоверное обобщение информации о согласии достаточно большого числа людей на изъятие органов и (или) тканей из их тел после смерти для трансплантации. Официального реестра лиц, согласных на посмертное донорство, в России нет; специальной отметки о согласии/ несогласии на посмертное донорство в документе, удостоверяющем личность, или водительском удостоверении в Российской Федерации не предусмотрено. Кроме того, законодатель предусмотрел возможность (но не порядок, не юридическую процедуру) опровержения презумпции согласия на изъятие органов и (или) тканей из тела после смерти для трансплантации только до момента самого изъятия, т.е. в считанные минуты после констатации смерти мозга. Юридические последствия опровержения этой презумпции уже после изъятия органов и (или) тканей из тела умершего для трансплантации законодательством не предусмотрены. Тем не менее, как показал мониторинг правоприменения, подобного рода дела имеют место в судебной практике российских судов. Вопиющими с правовой точки зрения являются случаи, когда родители умершего несовершеннолетнего узнают об изъятии из его тела анатомических сегментов только в момент получения тела для захоронения.

В отличие от презумпций-фактов презумпции-принципы не являются результатом обобщения, логически не основаны на неполной индукции. Они используются законодателем не для конструирования юридических фактов, не требующих доказательств, а для определения основных начал (принципов) регулирования тех или иных отношений, поэтому презумпции-принципы неправильно интерпретировать с точки зрения возможности их оспаривания. Например, презумпция невиновности в уголовном процессуальном праве Российской Федерации служит принципом распределения бремени доказывания вины обвиняемого и сформулирована в главе 2 УПК РФ «Принципы уголовного судопроизводства». Правовой характер хирур-

гических операций по пересадке органов и тканей человека в Российской Федерации определяется принципом обязательного согласия живого донора (ст. 1 Закона о трансплантологии), так как при всей дискуссионности вопроса о соматических правах человека если у кого-то и есть права по отношению к телу (организму) человека, то только у самого человека.

Оставляя за рамками настоящей статьи проблему юридической природы прав, связанных с распоряжением органами и тканями человека (телом человека), следует признать, что изъятие анатомических сегментов из тела человека после смерти для трансплантации вопреки его прижизненному волеизъявлению о своем несогласии на посмертное донорство противоречит принципам правовой свободы. Правило, установленное в ст. 8 Закона о трансплантологии, должно как раз не допустить изъятие органов и (или) тканей из тела умершего, который при жизни заявил о своем несогласии на посмертное донорство. Несмотря на название ст. 8 «Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей», в ней фактически сформулировано предположение об отсутствии прижизненного несогласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. При этом законодательно не предусмотрены юридическая процедура и последствия опровержения (например, в судебном порядке) данного предположения, поэтому правило ст. 8 Закона о трансплантологии, скорее, содержит конструкцию юридической фикции (неопровержимого предположения), чем юридической презумпции (опровержимого предположения).

В юриспруденции фикцию в ряде случаев рассматривают в качестве антипода закона или называют фиктивным фактически действующий (не применяющийся) закон. Например, фикция, т.е. несоответствие реальности правовым требованиям закона, будет в ситуации, когда вместо принципа состязательности и равенства сторон обнаруживается обвинительный уклон уголовного процесса. В логике фикцию определяют как «образование, формирование, создание» в смысле «выдуманное, мнимое, ложное, вымышленное, нечто не существующее». При этом фикция может содержать большую или меньшую степень вероятности, но само признание какого-либо факта, явления, действия, состояния фикцией влечет сознательное отмежевание от их вероятности. Фикция — одно из средств перевода реальности обыденной в реальность правовую. Юридическая фикция позволяет либо признать (легализовать) в качестве юридического факта не существующие в действительности обстоятельства, свойства лица (субъекта права) или объекта права, либо, наоборот, формально-юридически исключить фактически существующие обстоятельства, свойства предметов, характеристики лиц, основания возникновения/прекращения субъективного права или юридической обязанности. Например, согласно ч. 2 ст. 435 ГК РФ оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, она считается неполученной.

Анализ правила ст. 8 Закона о трансплантологии позволяет прийти к выводу о том, что в правовой системе Российской Федерации юридическая фикция прижизненного согласия на посмертное донорство — модель «неиспрошенного согласия» — законодательно сконструирована на основе презумпции добросовестности врачей в силу невозможности в современных условиях получить достоверное знание о согласии/



несогласии человека на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти для трансплантации. Она нацелена на преодоление правовой неопределенности в регулировании отношений посмертного донорства, а также на государственное обеспечение права человека на высокотехнологичную медицинскую помощь посредством хирургической операции по пересадке здоровых анатомических сегментов.

Как конструкция факта фикция, созданная в процессе законотворчества, категорически утверждает что-либо и не допускает опровержения, хотя в основе сконструированного факта-фикции, так же как и факта-презумпции, может лежать предположение. Отличие в том, что вероятность сконструированного факта-фикции не принимается во внимание, как будто возможности наступления иных обстоятельств вовсе не существует, поэтому использование фикции как конструкции юридического факта согласия на посмертное донорство может, вероятно, способствовать стабильности правового регулирования в сфере трансплантологии.